

PARECER

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

*Professor Titular de Direito Processual
Penal da Faculdade de Direito da Uni-
versidade de São Paulo*

CONSULTA

Consulta-me o ilustre advogado **JOEL LISBOA BIOTTO** acerca dos termos de Notificação de membro do Ministério Público Estadual, oficiante na Comarca de São João da Boa Vista, neste Estado de São Paulo, dirigida à sua cliente **VERA LÚCIA DE REZENDE MOURÃO DE OLIVEIRA**.

É o seguinte o teor da proposição por ele efetivada, *verbis*:

“Pela presente, ao mesmo tempo em que apresento a Vossa Excelência os meus protestos de alta estima e viva admiração, solicito do ilustre Mestre parecer a respeito da notificação enviada pelo Órgão de Ministério Público da Comarca de São João da Boa Vista, SP, a Dra. Vera Lúcia de Rezende Mourão de Oliveira para comparecer em seu gabinete (Edifício do Forum), para prestar esclarecimento na peça inquisitorial civil que ‘apura possíveis irregularidades na administração da APAR’ (sic)”.

À consulta foi, outrossim, anexada cópia da aludida Notificação, cujo texto contém o seguinte tópico, objeto da análise que, logo adiante, passarei a desenvolver:

“... Informo a Vossa Senhoria, que em inquérito civil não existe defesa. Entretanto, como V. S. figura como investigada, poderá, querendo, vir acompanhada de advogado. Também poderá permanecer calada, deixando de responder as perguntas que lhe forem feitas ou prestar os esclarecimentos pretendidos pelo Ministério Público”.

1. Caracteres do inquérito civil sob exame

1.1. Como se tem do artigo 129, inciso III, a vigente Constituição Federal, editada em 05 de outubro de 1988, incorporou às funções institucionais do Ministério Público, a de “III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

1.2. Escrevendo sobre a **ação civil pública**, e sua abusiva utilização pelo Ministério Público (em *Ajuris*, 56(1992):35 e segs.), tive o ensejo de expressar que, analisados em conjunto esse transcrito dispositivo e os artigos 1º e seguintes da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (com as modificações introduzidas pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – **Código de Defesa do Consumidor**), se verifica, sem maior dificuldade, que o legislador nacional teve em mira, com a regulamentação contida na adição constitucional, o delineamento de bens, direitos e interesses preserváveis; das instituições e pessoas legitimadas a pleitear, judicialmente, a sua preservação, ou a responsabilização por danos já causados; e o **modus procedendi** da efetivação destas.

1.3. Por via de consequência - aduzi, - a **ação civil pública**, em nosso ordenamento jurídico, pode ser conceituada como a atuação resultante do exercício do direito à jurisdição, pelo Ministério público, entidade ou pessoa jurídica em lei determinada, com a finalidade de preservar o patrimônio público ou social, assim como o cultural, o meio ambiente, os direitos do consumidor e quaisquer outros interesses difusos ou coletivos, ou, ainda, de definir a responsabilização por danos que lhes tenham sido causados por membro da comunidade.

1.4. Devo acrescentar, também, e já agora, que o **inquérito civil**, ao qual se refere o preceito constitucional invocado (e também o § 1º do artigo 8º da Lei nº 7.347, de 1985), consiste num **procedimento administrativo precedente à ação**, destinado à perquirição dos fatos em que se subsume ofensa, potencial ou concreta, a qualquer dos bens, interesses ou direitos por ela preserváveis, e, conseqüentemente, à preparação de seu aforamento (v., a respeito, ANTÔNIO LOPES NETO e JOSÉ MARIA ZUCHERATTO, *Teoria e prática da ação civil pública*, São Paulo, Saraiva, 1987, pág. 57; e JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, nota constante do expediente relativo ao projeto que resultou na edição da mencionada Lei nº 7.347, de 1985, e reproduzida por HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, 12ª ed., São Paulo, RT, 1989, pág. 122; e verbis):

*“ O projeto de lei, que dispõe sobre a ação civil pública, institui, de modo inovador, a figura do **inquérito civil**. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício **responsável** da ação civil pública...”*

1.5. Ora, tratando-se de procedimento administrativo, e como qualquer outro da mesma natureza, inclui-se a sua realização na previsão contida no inciso LV do artigo 5º da mesma Carta Magna de nossa República Federativa.

1.6. Isso significa, obviamente, que não pode ser constituído e desenvolvido sem conhecimento e participação da pessoa física ou jurídica que deva, eventual e oportunamente, sofrer os efeitos da propositura da **ação civil pública** a que dirigido: inibe-o, por certo, não só o enfático enunciado do colacionado preceito constitucional, como do antecedente inciso LIV, que, regrando a inafastabilidade, em situações que tais, do **devido processo legal**, exige a **paridade de armas entre os litigantes**, e, por via de consequência, o **contraditório ínsito à ampla defesa** do agente ao qual imputados o fato ou os fatos objeto da investigação prévia (cf., a respeito da **garantia do devido processo legal**, de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e meu, **Constituição de 1988 e processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo**, São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 15/18; com lastro em farta bibliografia, especialmente EDUARDO J. COUTURE, **La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”**, RDP, 1954(1):100-1; JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**, Ajuris, 25(1982):134; e VICENZO VIGORITI, **Garanzie costituzionale del processo civile. “Due process of law” e art. 24 Cost.**, Milão, Giuffrè, 1973, págs. 51 e segs.; e veementizando que se impõe assegurar, também, a todos os membros da coletividade “o direito de participar em contraditório e com igualdade de condições, institucionalizando-se os mecanismos de controle e exatidão do desfecho do processo”, assim como - adito, agora, - do **procedimento**, abrangido, obviamente, pelo vocábulo **processo**, na dicção do apontado inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal).

1.7. Tenho, à vista do exposto, como indubitoso que o **inquérito civil**, instituído pelo § 1º do artigo 8º da Lei nº 7.347, de 1985, e institu-

cionalizado pelo artigo 129, inciso III, da mesma Lei das Leis nacional, será **nulo ex radice**, quando realizado sem que se propicie, como de mister, a participação ativa e contraditória daquele que deva sofrer os efeitos do aforamento de subsequente **ação civil pública**.

E até, por necessária coerência, que tal **nullidade**, a ser declarada de plano, acarretará a inviabilidade da ação nele fundamentada, ou seja, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto inarredável de sua constituição e desenvolvimento válidos.

2. Manifesta ilegalidade contida na Notificação

2.1. Isso tudo, necessariamente expedido, devo asserir, em inafastável complemento, que a **Notificação** em referência apresenta-se eivada de **ilegalidade**, e, portanto, passível de plena descongição.

2.2. Com efeito, já de há muito, com o advento da atual Carta Magna de nossa República Federativa, no ano de 1988, não há mais lugar para qualquer dúvida acerca da inafastabilidade de contraditório e de ampla defesa, com todos os meios e recursos dela integrantes, em qualquer processo judicial ou procedimento administrativo no qual uma pessoa, na acepção ampla que o preceito constitucional inserido no inciso LV do artigo 5º sugere, figure como acusada:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

2.3. Inspirou-se, certamente, o legislador constituinte, ao editar essa norma, no senso comum de que, como bem observa **CELSONO RIBEIRO BASTOS, Comentários à Constituição do Brasil** (em co-autoria com **IVES GANDRA MARTINS**), São Paulo, Saraiva, 1989, 2º vol., pág. 268, “já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário”. E, arrematando, verbis:

“Daí porque esta preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo ser muito vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores são as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário”.

2.4. Por via de consequência - permitindo-me acrescentar, - a convocação de uma pessoa para prestar esclarecimentos em **inquérito civil** (à evidência, procedimento de natureza administrativa) no qual se afiança figurar “como investigada”, sem direito à defesa e, em decorrência dela, ao contraditório, delinea-se, com o devido respeito ao ilustre Notificante, e como assentado de início, **manifestamente ilegal**.

3. Resposta conclusiva à consulta formulada

3.1. Ex positis, respondo, de modo conclusivo, à consulta formulada, asseverando, com toda a força de minha convicção, que, por ser eivada de **flagrante ilegalidade**, a referenciada **Notificação** pode deixar de ser atendida, sem que, obviamente, o não-atendimento constitua desobediência.

3.2. Assim também que, se a Notificanda se dispuser a comparecer, no dia e hora aprazados pelo Notificante, deverá insistir no reconhecimento de seu impostergável **direito subjetivo à contraditoriedade, em regime de ampla defesa, com todos os meios e recursos que lhe são inerentes.**

3.3. Esse o meu **parecer**, s. m. j.

São Paulo, 14 de maio de 1998

Rogério Lauria Tucci